

# LOS ACTOS PREPARATORIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL Y SU CONTROL JUDICIAL EN COLOMBIA

*Mayerlly Emperatriz Martínez Prada*

*Deiby Jhoan Rincón Rincón*

*Geraldyn Lizeth Villamizar Herrera*

## **Resumen**

El código de procedimiento administrativo y contencioso administrativo trajo consigo nuevas posturas jurídicas frente a temas importantes, uno de esos es el control judicial que se puede ejercer sobre la actividad contractual del Estado, para delimitar el objeto de estudio se estudiará la actividad precontractual y su control judicial, abordada desde la jurisprudencia del Consejo de Estado en vigencia del Código Contencioso Administrativo de 1981 y de la normativa actual, como también desde la doctrina del derecho administrativo colombiano.

## **Palabras clave**

Contrato, Estatal, Control, Judicial.

## **Abstract**

The code of administrative procedure and administrative litigation brought with it new legal positions on important issues, one of which is the judicial control that can be exercised over the contracting activity of the State, to delimit the object of study will study the pre-contractual activity and its control judicial, addressed from the jurisprudence of the Council of State in force of the Contentious Administrative Code of 1981 and the current regulations, as well as from the doctrine of Colombian administrative law.

## **Key words**

Contract, State, Control, Judicial.

## **LOS ACTOS PREPARATORIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL Y SU CONTROL JUDICIAL EN COLOMBIA**

### **Introducción**

En el año 1984 se expide el Decreto 01 por medio del cual se creó el código contencioso administrativo, modificado por la Ley 2304 de 1989, en esta normatividad se establecieron las competencias y los procedimientos de carácter administrativo, en el año 1996 se expidió la Ley 270 referente a la administración de justicia que creó la competencia de los jueces administrativos del circuito dado que solo existían los tribunales administrativos y el Consejo de Estado, en el año 2011 se expidió un nuevo código a través de la Ley 1437 que se adecuaba a los nuevos fines del Estado definidos en la Constitución Política de 1991, sin embargo, en esta legislación se ha impedido la actividad de oficio del juez administrativo, siendo el Consejo de Estado el órgano de cierre de esta jurisdicción a través de sus providencias ha suplido regularmente los vacíos jurídicos convirtiéndose en el garante del derecho fundamental de tutela judicial efectiva, ahora, pese a lo anterior el CPACA incluyó en su contenido los presupuestos procesales para controlar judicialmente la actividad pre-contractual y contractual, implementó la competencia judicial para llevar a cabo, esto a partir de las sentencias que en vigencia del anterior código establecieron parámetros para el control judicial de la actividad contractual pública, ahora, más allá de la competencia para conocer de los casos estableció los medios de control pertinentes para ello garantizando el derecho de acción, del cual se puede determinar la caducidad, la legitimidad por activa, entre otros factores.

Un ámbito de la jurisdicción contenciosa administrativa del que pocos estudiosos se ha ocupado es del control jurisdiccional a los actos preparatorios del contrato estatal, el CPACA incluye control jurídico a la actividad contractual en Colombia a través de su consolidación como un acto sujeto a intervención a través de medios de control que el mismo código establece en titularidad del juez y del ciudadano como afectado indirecto, lo anterior frente al contrato en sí mismo, pero no frente a los actos preparatorios o separables como los denomina la doctrina.

Este problema jurídico impacta a toda la comunidad colombiana dado que la laguna legal que se ve parcialmente suplida por la jurisprudencia del Consejo de Estado, es sufrida por el erario, como también de las obras o actividades necesarias

que se llevarían a cabo desde el inicio de la ejecución del proyecto referenciado en el contrato que se busca intervenir. Los vacíos jurídicos en el derecho administrativo y contencioso administrativo afectan a toda la comunidad indirectamente porque los costos y sobrecostos que conlleva la contratación estatal se ven reflejados en la disminución de las arcas del Estado que los ciudadanos nutren desde sus impuestos.

### **Problema de investigación**

A partir de la introducción de este trabajo académico se puede contextualizar su problema jurídico que es determinar ¿Cuáles son medios de control que se pueden ejercer a los actos preparatorios del contrato estatal en Colombia? desde lo establecido en la jurisprudencia del Consejo de Estado, el CPACA y la doctrina del derecho administrativo en Colombia.

### **Metodología**

La metodología con la que se desarrollará este trabajo académico es de tipo documental de corte teórico, porque utiliza una metodología descriptiva hacia los objetivos con un enfoque cualitativo desde las distintas fuentes formales del derecho en Colombia, como las leyes, los decretos, las providencias del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional. Además, puede predicarse de la presente investigación su desarrollo a partir de métodos de pensamiento lógico, con fines cognitivos específicamente del control jurisdiccional de los actos preparatorios del contrato estatal en Colombia.

### **Esquema de resolución del problema jurídico**

Para resolver este problema jurídico se debe tener en cuenta que el control judicial a la contratación estatal en Colombia, pueden ser conocidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo como por la ordinaria, del ámbito administrativo se debe examinar la legislación para determinar qué tan posible es el control de oficio a los actos preparatorios del contrato estatal, una vez determinados los controles que se llevan a cabo se debe describir la estructura de la etapa precontractual en la contratación estatal determinando los actos que sería objeto de control judicial como también definiendo cuál sería el medio de control indicado para cada tipo de acto, a

partir de lo anterior se definirían los presupuestos procesales como la competencia por razón y cuantía, la caducidad, y la legitimación en la causa.

## **Plan de redacción**

En un primer aparte se estudiará la etapa precontractual diferenciando los tipos de contratos de la administración, las etapas del contrato administrativo para concluir con la etapa precontractual en la cual se abordará la licitación, los estudios previos, el acto administrativo de apertura del procedimiento, el pliego de condiciones, el plazo precontractual, la audiencia de proponentes, el plazo de licitación, la selección del contratista y la adjudicación del contrato, en un segundo momento controversias contractuales y los actos separables definiendo la competencia, los medios de control y sus presupuestos procesales.

## **Resultados de la investigación**

### **1. La etapa precontractual**

#### **1.1. Los contratos de la administración**

Con el decreto 1510 de 2013 se reglamentó el sistema de compras y de contratación pública, estableció los objetivos del sistema (Presidencia de la República de Colombia, 2013), los cuales son;

1) Incrementar el valor por dinero destinado a la compra pública, 2) Promover la competencia en la compra pública, 3) Ofrecer un sistema de e-Procurement de fácil acceso para los partícipes del Sistema de Compra Pública que genere información confiable, 4) Fortalecer las capacidades de los partícipes de la compra pública, 5) Gestionar conocimiento para los partícipes de la compra pública y para el equipo de trabajo de Colombia Compra Eficiente y por último 6) Generar un ambiente de respeto a las reglas de juego y confianza entre los partícipes de la compra pública.<sup>1</sup>

Luego de definidos los objetivos se delimitaron los partícipes del proceso de contratación pública, son las entidades estatales, la entidad de Colombia Compra Eficiente, los distintos oferentes de cada proceso de contratación, los contratistas,

---

<sup>1</sup> Tomado de: <https://www.colombiacompra.gov.co/colombia-compra/colombia-compra-eficiente/objetivos-institucionales>

los supervisores y los interventores de los proyectos, las organizaciones no gubernamentales, de la sociedad civil y ciudadanos que ejercen su derecho constitucional y legal de participación ciudadana<sup>2</sup>. (Presidencia de la República de Colombia, 2013)

Ahora, dentro de los contratos estatales más frecuentes se encuentran los contratos de; consultoría, comodato, compraventa de bienes muebles, suministro, arriendo de inmuebles, prestación de servicios, prestación de servicios de defensa judicial, fiducia para el manejo de anticipos, compra de equipos de cómputo estándar, obra pública y obra pública tipo contratos plan.

## **1.2. Las etapas de contrato administrativo**

En el procedimiento contractual existen tres etapas, la precontractual, contractual y la poscontractual, cada una cuenta con fases dentro de su etapa. Dentro de la precontractual se encuentra la fase de planeación y de selección de contratista, en la primera fase se realizan los estudios previos y la documentación necesaria para el proyecto, se determinan los planes de adquisiciones y se certifica la disponibilidad presupuestal, generando un proyecto de pliego de condiciones, en la segunda fase de esta etapa se lleva a cabo la selección del contratista mediante las opciones que consagra la ley y la adjudicación. En la contractual están las fases de perfeccionamiento y legalización, ejecución y terminación del contrato, en la fase de ejecución<sup>3</sup> se requiere que se hayan aprobado las garantías, exista la disponibilidad presupuestal, se haya realizado el pago de seguridad social y parafiscales, en la fase de terminación, dependiendo de las modalidades, por vencimiento del término de duración o plazo del contrato, cumplidas o no las obligaciones o por cumplimiento y las obligaciones del contrato, aun cuando no se haya cumplido el plazo y por último en las fases de la etapa poscontractual son las de liquidación bilateral<sup>4</sup>, unilateral<sup>5</sup> y acción judicial, en la primera fase de liquidación bilateral, esta puede ser convencional o supletoria, en la liquidación convencional se realiza de acuerdo y dentro del término establecido en los pliego o en el contrato, ahora, si no se estableció ese término dentro de los 4 meses siguientes al vencimiento del plazo del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordena la terminación del contrato o a la fecha de acuerdo de terminación bilateral, en la fase de liquidación unilateral si el contratista no concurre a la liquidación

---

<sup>2</sup> Artículo 2 del Decreto 1510 de 2013.

<sup>3</sup> Artículo 41 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007.

<sup>4</sup> Artículo 11 de la Ley 1150 de 2007.

<sup>5</sup> Artículo 11 de la Ley 1150 de 2007.

bilateral o no hay acuerdo, por último, la fase de acción judicial, esta caduca en un término de dos años al vencimiento del plazo del contrato,

### **1.3. La etapa precontractual**

Los actos que se llevan a cabo antes de la configuración del contrato se denominan precontractuales o preparatorios, dentro de esta etapa la entidad fija las pautas conforme al marco jurídico de la contratación para llevarla a cabo (Castro Cuenca, García López, & Martínez Vargas, 2010) en esta parte del trabajo se describirán las fases de la etapa precontractual de la contratación en Colombia.

#### **1.3.1.1. La licitación**

##### **1.3.1.1.1. Los estudios previos**

El procedimiento precontractual inicia, según la Ley 80 de 1993 con la realización de los estudios que realice la entidad en el que se analice la:

“conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso. Cuando sea necesario, el estudio deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad.” (Congreso de la República de Colombia, 1993)

Según (Lamprea Rodríguez, 2007) lo que se pretende con la disposición jurídica antes mencionada es que los encargados de la administración de las entidades públicas no realicen compras intempestivamente y sin razón aparente sino desde una fundamentación real que es la que reflejan los estudios a partir de los criterios que establece la norma, conveniencia, oportunidad... etc<sup>6</sup>. Ahora, según el decreto 1510 (Presidencia de la República de Colombia, 2013) establece que en los estudios previos debe describirse la necesidad real que la entidad mediante su acción contractual pretende satisfacer precisando lo que se va a contratar minuciosamente identificado el tipo de contrato que se celebrará estableciendo el modelo de selección de contratista, que puede ser a través de la licitación pública, la selección abreviada, contratación directa o contratación de mínima cuantía. Se debe determinar el valor aproximado del contrato indicando las formas en cómo llegó a ese valor.

---

<sup>6</sup> Lamprea Rodríguez, P. (2007). Contratos Estatales. Bogotá: Temis.

Después de recibirse las ofertas se deben justificar a través de qué factores se le dio relevancia a una oferta sobre otra realizando luego el análisis de riesgo y la forma de mitigarlo, dejando claras las garantías que la entidad estatal poseería para exigir dentro del proceso de contratación y por último determinar si el proceso de contratación está en el marco de un acuerdo comercial internacional.<sup>7</sup>

### **1.3.1.2. La apertura del procedimiento**

#### **1.3.1.2.1. Apertura**

Concluido el estudio con el cumplimiento de los presupuestos que dicta el decreto 374 del 2012 y los demás requisitos establecidos en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 el representante de la entidad debe expedir la resolución de apertura debidamente motivada. En el sistema de contratación pública, en concordancia, con el principio de publicidad y transparencia, se publica esta resolución a través de medios electrónicos y avisos en los diez a veinte días calendario anteriores a la apertura de la licitación, en este acto administrativo según el decreto 1510 (Presidencia de la República de Colombia, 2013):

1) El objeto de la contratación a realizar, 2) La modalidad de selección que corresponda a la contratación, 3) El Cronograma, 4) El lugar físico o electrónico en que se puede consultar y retirar los pliegos de condiciones y los estudios y documentos previos, 5) La convocatoria para las veedurías ciudadanas, 6) El certificado de disponibilidad presupuestal, en concordancia con las normas orgánicas correspondientes, 7) Los demás asuntos que se consideren pertinentes de acuerdo con cada una de las modalidades de selección.<sup>8</sup>

Este acto administrativo de apertura, *invitatio ad offerendum*, es la manera en la que las entidades del orden público invitan a que personas formulen ofertas sobre los requisitos establecidos en el pliego de condiciones para que sean evaluadas para eventualmente ser escogida entre las demás ofertas, ahora, la apertura según la Corte Constitucional produce consecuencias jurídicas como:

“(i) La obligación de las entidades estatales de impulsar de oficio el procedimiento licitatorio hasta la adjudicación del contrato; (ii) La imposibilidad de modificar las características esenciales del objeto de la

---

<sup>7</sup> Artículo 20 del Decreto 1510 de 2013.

<sup>8</sup> Artículo 24 del Decreto 1510 de 2013.

licitación, pues su alterabilidad pondría en riesgo la vigencia de los principios de libertad de concurrencia y de igualdad de los proponentes; (iii) La incapacidad de la Administración para revocar unilateralmente el llamado a la licitación, ya que se trata de un acto administrativo que crea una situación jurídica subjetiva para las personas con vocación de oferentes.”<sup>9</sup> (SU 713, 2006)

#### **1.3.1.2.1. Pliego de condiciones**

Se define como la determinación de las reglas a las cuales debe someterse el proceso de contratación estatal, ahora, en el numeral 2 del artículo 30 de la Ley 80 (Congreso de la República de Colombia, 1993) se define que las entidades tienen el deber de realizar dicho pliego en el que contengan los siguientes aspectos:

(...) objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas.<sup>10</sup>

La Ley 80 de 1993, establece requisitos para el pliego de condiciones como establecer un plazo razonable para que la entidad adelante los estudios previos evaluando las propuestas y solicitar, si es el caso, aclaraciones y explicaciones a los oferentes sobre lo esencial<sup>11</sup>, acto seguido se deben establecer taxativamente los plazos para la adjudicación y firma del contrato desde su clasificación legal por motivo de su naturaleza, objeto y cuantía<sup>12</sup>, estos plazos solo podrán ser prorrogados por la mitad del término inicial, se deben establecer requisitos objetivos, justos, claros y completos<sup>13</sup> para que varias personas puedan ser oferentes evitando la declaratoria de desierta de la licitación como también la escogencia objetiva de la oferta y no bajo parámetros prediseñados para la selección exclusiva de un oferente, y por último se debe establecer el plazo para la liquidación del contrato teniendo en cuenta su clasificación legal.<sup>14</sup>

---

<sup>9</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU – 713, de agosto 23 de 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>10</sup> Artículo 30, numeral 2, de la Ley 80 de 1993.

<sup>11</sup> Artículo 30, numeral 7, de la Ley 80 de 1993.

<sup>12</sup> Artículo 30, numeral 9, de la Ley 80 de 1993.

<sup>13</sup> Artículo 24, numeral 5, literal b, de la Ley 80 de 1993.

<sup>14</sup> Artículo 24, numeral 5, literal f, de la Ley 80 de 1993.



A parte de los requisitos mencionados en el párrafo anterior la Ley 80 de 1993, también establece otras reglas más generales frente al pliego de condiciones, la primera es la prohibición de establecer condiciones y exigencias de imposible cumplimiento para los oferentes, la segunda es la prohibición de establecer condiciones o reglas que induzcan al error al proponente o contratista,<sup>15</sup> que es la imposibilidad de pactar exenciones de responsabilidad desde la presentación de informes y documentos que presente el contratista<sup>16</sup>, y por último, no se podrán establecer la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan solo de la voluntad exclusiva de la entidad<sup>17</sup>.

Por su parte la jurisprudencia se ha manifestado sobre el pliego de condiciones, se aludirá a tres de estas manifestaciones por aportar claridad conceptual desde la jurisprudencia; primero; la Corte Constitucional, en la sentencia anteriormente referenciada define al pliego de condiciones como “un conjunto de reglas que elabora exclusivamente la administración para disciplinar el procedimiento de selección objetiva del contratista y delimitar el alcance del contrato estatal.”<sup>18</sup> (SU 713, 2006) Segundo; el Consejo de Estado también ha manifestado que los pliegos de condiciones están fundamentados en los principios de igualdad, transparencia y objetividad como por las normas de procedimiento con las que lleva a cabo la contratación<sup>19</sup>, (Sentencia 10779, 2004) y tercero, el Consejo de Estado ha manifestado que la naturaleza del acto administrativo es dual porque inicia siendo un acto administrativo de carácter general<sup>20</sup> (Sentencia 18059, 2006) y se configura después de la celebración del contrato como una cláusula contractual<sup>21</sup> razón por la cual sólo puede modificarse antes del cierre de la licitación.

### **1.3.1.3 El plazo precontractual**

#### **1.3.1.3.1. La audiencia de proponentes**

En esta audiencia administrativa los proponentes solicitan aclaración del contenido y alcance de lo establecido en el pliego de condiciones, lo cual puede

---

<sup>15</sup> Artículo 24, numeral 5, literal c, de la Ley 80 de 1993.

<sup>16</sup> Artículo 24, numeral 5, literal d, de la Ley 80 de 1993.

<sup>17</sup> Artículo 24, numeral 5, literal e, de la Ley 80 de 1993.

<sup>18</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU – 713, de agosto 23 de 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 10779, de enero 24 de 2006, M. P. Alirio Eduardo Hernández Enríquez.

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 18059, de noviembre de 30 de 2006, M. P. Alirio Eduardo Hernández Enríquez.

<sup>21</sup> *Ibíd.*

provocar que el representante de la entidad lo modifique y llegue a prorrogar el plazo de licitación hasta por seis días hábiles<sup>22</sup>, si dentro de la audiencia ningún proponente solicitó aclaración o modificación pero por fuera de esta lo requiere debe enviar comunicación escrita a la entidad, dentro del plazo de licitación, con traslado de oficio a los demás oferentes<sup>23</sup>.

#### **1.3.1.3.2. El plazo de licitación**

El plazo de licitación es el término de tiempo durante el cual los diferentes proponentes presentan sus ofertas<sup>24</sup> sujetas a lo establecido en el pliego de condiciones<sup>25</sup>, de ser necesario administrativamente el representante de la entidad puede prorrogar este término por el mismo inicial<sup>26</sup>, según Rodríguez-Arana “es un acuerdo administrativo de ampliación del plazo contractual decretado por la administración cuando concurren una serie de requisitos y orientando siempre hacia la satisfacción del interés público<sup>27</sup>. (Rodríguez Arana, 1988)”

#### **1.3.1.4. Selección del contratista y adjudicación del contrato**

La selección del contratista parte de evaluación de la oferta presentada por este a través de informes de evaluación<sup>28</sup>, y de la adjudicación del contrato público<sup>29</sup> en audiencia pública si lo solicitan los proponentes<sup>30</sup>, el Contralor General o cualquier entidad de control fiscal. La adjudicación del contrato se realiza a través de acto administrativo motivado que se notifica personalmente al proponente favorecido y que obliga a la entidad y al adjudicatario una vez comprobada la inexistencia de inhabilidad e incompatibilidad, su legalidad en la adjudicación, de lo contrario este acto podría ser revocado<sup>31</sup>. Ahora, si el proponente favorecido no suscribe el contrato la entidad conservará a su favor el valor del depósito y/o garantía<sup>32</sup> constituidos y en un plazo de quince días siguientes podrá adjudicar el

---

<sup>22</sup> Artículo 30, numeral 4, Ley 80 de 1993.

<sup>23</sup> Ibid.

<sup>24</sup> Artículo 30, numeral 5, de la Ley 80 de 1993.

<sup>25</sup> Artículo 30, numeral 6, de la Ley 80 de 1993.

<sup>26</sup> Artículo 30, numeral 9, de la Ley 80 de 1993.

<sup>27</sup> Rodríguez Arana, J. (1988). La prórroga en los contratos administrativos. Madrid: Montecorvo.

<sup>28</sup> Artículo 30, numeral 8, de la Ley 80 de 1993.

<sup>29</sup> Artículo 30, numeral 10, de la Ley 80 de 1993.

<sup>30</sup> Artículo 273 de la Constitución Política de Colombia.

<sup>31</sup> Artículo 9, de la Ley 1159 de 2007.

<sup>32</sup> Artículo 30, numeral 12, de la Ley 80 de 1993.

contrato al proponente que obtuvo en segundo lugar si mantiene las condiciones en su propuesta que le sean favorables a la entidad<sup>33</sup>.

## **2. Las controversias contractuales y los actos separables**

### **2.1. Competencia**

A partir de la Ley 80 de 1993 el legislador encomendó en el juez administrativo el control judicial de las controversias de la actividad contractual de las entidades estatales según su porcentaje de participación y naturaleza conforme a los artículos 2, 32 y 75 de este instrumento legal, vendría la ley 446 de 1998 a constatar esta función en el juez administrativo resaltando el control judicial a las controversias en los contratos celebrados entre las entidades prestadoras del servicio público domiciliario, más adelante la ley 1107 del 2006 amplió la competencia de la jurisdicción en mención para que conociera de las controversias de las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50%, en consecuencia de esta línea legal de ampliación de competencia a la jurisdicción contenciosa administrativa en el CPACA se atribuyó el conocimiento sobre las controversias originadas en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones sujetas de entidades pública y de particulares cuando ejerzan función administrativa, como excepción a lo anterior se estableció para los contratos celebrados por entidades financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores en actividades propias de su naturaleza.

A manera de conclusión se puede mencionar que es la jurisdicción de lo contencioso administrativo la competente para interponer, tramitar y resolver conflicto surgidos en la actividad contractual de las entidades, la cual incluye las etapas precontractuales, contractuales y post-contractuales.

### **2.2. Medios de control**

Antes de abordar el CPACA, se debe aludir al código anterior para tener claridad conceptual sobre el problema jurídico. En el Decreto 01 de 1984 el control judicial a la actividad contractual se ceñía a los contratos administrativo y a los privados con cláusula de caducidad, en el artículo 87<sup>34</sup> estableció una clara

---

<sup>33</sup> Ibid.

<sup>34</sup> Texto original “Los actos separables del contrato serán controlables por medio de las otras acciones previstas en este Código”. Antes de sus modificaciones por las leyes 446 de 1996, y el decreto 2304 de 1989.

distinción entre los actos contractuales, de los precontractuales denominados como separables, entonces para los producidos después de la celebración del contrato se estableció el mecanismo de controversias contractuales, mientras que para los separables era cualquiera que previera el código<sup>35</sup>. En esta normatividad se estableció que sólo luego de terminado o liquidado el contrato se podrían impetrar las acciones contra los actos separables excepto el de adjudicación, así mismo la jurisprudencia lo asimiló contra actos definitivos mediante la acción de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho. (Presidencia de la República de Colombia, 1984)

Ahora, con el decreto 2304 de 1989, en su artículo 17<sup>36</sup> eliminó el control a los actos precontractuales o separables al modificar el artículo 87 del código de procedimiento administrativo aunado a ello también se eliminó el inciso que mencionaba “Los actos separables distintos del de adjudicación de una licitación sólo serán impugnables jurisdiccionalmente una vez terminado o liquidado el contrato.” (Presidencia de la República de Colombia, 1989)

Al suprimir este inciso no existió consecuencia jurisprudencial, por lo que se siguieron admitiendo las acciones de nulidad para el pliego de condiciones y nulidad y restablecimiento del derecho para el acto de adjudicación y de declaración de desierta la licitación, este control de los actos precontractuales se producía desde su efecto jurídico de anulación por ilegalidad, y/o restablecer un derecho vulnerado por el acto administrativo, y para los actos posteriores a la celebración del contrato se constató la acción de controversias contractuales.

De lo anterior surgió un problema jurídico por que la acción de nulidad no tiene términos taxativos para impetrarse, por lo que el pliego de condiciones podía ser accionado en cualquier momento, por lo anterior en la Ley 80 de 1993 se estableció en el artículo 77 “Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.”<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> “Los actos separables del contrato serán controlables por medio de las otras acciones previstas en este Código”

<sup>36</sup> El artículo 87 del Código Contencioso Administrativo quedará así: "Artículo 87. DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Cualquiera de las partes de un contrato administrativo o privado con cláusula de caducidad podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales; que se ordene su revisión; que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenaciones. Los causahabientes de los contratistas también podrán promover las controversias contractuales."

<sup>37</sup> Artículo 77 de la Ley 80 de 1993.

Esta disposición eliminó la posibilidad de demandar autónomamente los actos separables como se indicó en el párrafo anterior al sujetarlos a la actividad contractual y a la acción contractual en la que solo las partes están legitimadas para incoarla, es decir, se presupone la existencia del contrato estatal. Como excepción en su parágrafo estableció “El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso administrativo.”

En 1993, como se mencionó anteriormente el decreto 2304 de 1989, había eliminado el inciso que mencionaba el control a los actos separables por lo que la remisión del parágrafo de esta norma era inconcluso legalmente pero fue a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado que se interpretó que seguían siendo las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho las acciones idóneas sin la condición de haber terminado o liquidado el contrato, aún en la vigencia de este artículo el Consejo de Estado mantuvo la tesis de distinción entre actos separables y típicamente contractuales<sup>38</sup>, la Sentencia del Consejo de Estado menciona:

“En sentencia del 18 de septiembre de 1997, expediente 9118, la Sala expuso ampliamente que el régimen de los actos expedidos con anterioridad a la celebración del contrato es diferente al que gobierna los actos proferidos con posterioridad a su existencia; señaló que los primeros pueden ser objeto de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, en tanto que los segundos están sometidos a la acción relativa a controversias contractuales.”<sup>39</sup> (Sentencia 9807, 2001)

En 1998 con la Ley 446, se estableció que los actos separables podrían ser accionados mediante la acción de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho dentro de los 30 días siguientes a su comunicación, notificación y publicación, estas acciones no podía suspender el proceso licitatorio, de celebración ni de ejecución cautelarmente, es decir, después de celebrado podría pretenderse la nulidad del contrato habiendo demostrado la ilegalidad de los actos previos a través de la acción contractual (Congreso de la República de Colombia, 1996) Frente este problema jurídico el Consejo de Estado Sección tercera en su sentencia<sup>40</sup> en disposición de garantizar el derecho de acceso a la justicia autorizó la acumulación de las acciones

---

<sup>38</sup> Consejo de Estado, Sentencia 20 de septiembre de 2001 Sección Tercera con M. P. Ricardo Hoyos Duque

<sup>39</sup> Consejo de Estado, Sentencia 20 de septiembre de 2001 Sección Tercera con M. P. Ricardo Hoyos Duque

<sup>40</sup> Consejo de Estado, Sentencia 29 de enero del 2014, Sección Tercera.

de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho con la de nulidad del contrato siempre que la demanda se presentara en el término de 2 años contados a partir del perfeccionamiento del contrato.

En el CPACA, el control jurisdiccional, a través de los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, de los actos precontractuales no está sujeta a la suscripción del contrato, después de celebrado el contrato persiste el medio de control de controversias contractuales.

## **2.3. Presupuestos procesales**

### **2.3.1. Legitimación en la causa**

La legitimación procesal “es la facultad de poder actuar en el proceso como actor, como demandado o como tercero, o representando a éstos”<sup>41</sup> (Pallares, 1960) Los medios de control que se consagran para efectuar el control jurisdiccional de los actos separables son los de nulidad simple y nulidad y restablecimiento del derecho, en el primero la legitimación es universal, puede ser incoado por cualquier persona o por medio de representante en defensa de la Constitución y la Ley pretendiendo la nulidad del acto sin mayor pretensión, y en el segundo la legitimidad esta conservada para la persona agraviada, vulnerada, afectada por acción u omisión de la entidad pública, es ésta la que debe ejercer el medio de control pretendiendo la nulidad de la actuación que la afectó y el restablecimiento de sus derechos a como estaban antes de la entrada en vigencia de ese acto administrativo.

### **2.3.2. Caducidad**

La caducidad es una figura del derecho administrativo, según Acevedo Prada y Acevedo Peñaloza “es el lapso que produce la pérdida o extinción de una cosa o un derecho”<sup>42</sup> (Acevedo Prada & Acevedo Peñaloza, 2012). En el Decreto 01 no existía la caducidad para la acción de nulidad, sin embargo, para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho había establecido el término de 4 meses a partir de la publicación, notificación o ejecución, dependiendo del caso en concreto<sup>43</sup>, posteriormente, en el CPACA la norma estableció un término de 4

---

<sup>41</sup> Pallares, E. (1960). Diccionario de derecho procesal civil (Segunda ed.). México: Porrúa.

<sup>42</sup> Acevedo Prada, L., & Acevedo Peñaloza, L. (2012). Caducidad, prescripción, preclusión y términos. Bogotá: Radar ediciones.

<sup>43</sup> Artículo 136, numeral 2, Decreto 01 de 1989.

meses<sup>44</sup> a partir del día siguiente la publicación, comunicación y notificación para ejercer el medio de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, como excepción a lo anterior en la sentencia del 13 de noviembre del 2013 la Sección Tercera del Consejo de Estado con radicado 25646 estableció que cuando el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se ejerce contra el acto de adjudicación debe acumularse la pretensión de nulidad absoluta del contrato evento en el cual el término para impetrar la demanda es el de las controversias contractuales<sup>45</sup>, es decir, 2 años después de la suscripción del contrato.<sup>46</sup> (Sentencia 25646, 2013)

---

<sup>44</sup> Artículo 164, numeral 2, literal c, de la Ley 1437 de 2011.

<sup>45</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 10 de agosto de 2016.

<sup>46</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de noviembre de 2013.

### **3. Conclusiones**

En la Ley 1437 de 2011, el control judicial de los actos separables, precontractuales, anteriores a la celebración del contrato son competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa excepto las de las entidades de derecho público cuya naturaleza sea financiera, aseguradora, intermediarias de seguros o de valores, y a los actos precontractuales de los contratos celebrados por las entidades prestadoras de servicio público.

Los medios de control idóneo es el nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho para la actividad precontractual de las entidades públicas que someten sus contratos al derecho público y privado, cuando la causa no supere los 500 SMLMV será competencia de los Jueces Administrativo si lo hace será competencia del Tribunal Administrativo y excepcionalmente el medio de controversias contractuales cuando se acumule la pretensión de nulidad absoluta del contrato en conjunto con la de restablecimiento del derecho frente al acto de adjudicación .

Entre los presupuestos procesales estudiados se encontró que la legitimación en la causa es universal excepto cuando exista un afectado determinado, en esta situación será solo este mediante el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con vocación de doble instancia, frente a la caducidad para estos medios de control frente actos precontractuales es de 4 meses, con la excepción de lo establecido en las sentencias del 13 de noviembre de 2013 y del 10 de agosto del 2016 en el cual se toma el término de las controversias contractuales, es decir, 2 años.

### **Referencias**



- Acevedo Prada, L., & Acevedo Peñaloza, L. (2012). *Caducidad, prescripción, preclusión y términos*. Bogotá: Radar ediciones.
- Castro Cuenca, C., García López, L., & Martínez Vargas, J. (2010). *La contratación estatal: teoría general Perspectiva comparada y regulación internacional*. Bogotá: Colección Textos de Jurisprudencia.
- Congreso de la República. (18 de Enero de 2011). Ley 1437. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá, Colombia. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41249>
- Congreso de la República de Colombia. (28 de Octubre de 1993). Ley 80. *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Bogotá, Colombia. Obtenido de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0080\\_1993.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html)
- Congreso de la República de Colombia. (7 de Julio de 1996). Ley 446. *Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código*. Bogotá, Colombia.
- Lamprea Rodríguez, P. (2007). *Contratos Estatales*. Bogotá: Temis.
- Pallares, E. (1960). *Diccionario de derecho procesal civil* (Segunda ed.). México: Porrúa.
- Presidencia de la República. (13 de Abril de 2012). Decreto 734. *Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones*. Bogotá, Colombia. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=46940#9.2>
- Presidencia de la República de Colombia. (2 de Enero de 1984). Decreto 01. *Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo*. Bogotá, Colombia. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6543>
- Presidencia de la República de Colombia. (07 de Octubre de 1989). Decreto 2304. *Por el cual se introducen algunas modificaciones al código contencioso administrativo*. Bogotá, Colombia. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6542>
- Presidencia de la República de Colombia. (30 de Septiembre de 2002). Decreto 2170. *Por el cual se reglamenta la ley 80 de 1993, se modifica el decreto 855 de 1994 y se dictan otras disposiciones en aplicación de la Ley 527 de*

1999. Bogotá, Colombia. Obtenido de  
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5798>

Presidencia de la República de Colombia. (17 de Julio de 2013). Decreto 1510.  
*Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública.*  
Bogotá, Colombia. Obtenido de  
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=53776>

Rodríguez Arana, J. (1988). *La prórroga en los contratos administrativos*. Madrid:  
Montecorvo.

Sentencia 10779, Sentencia 10779 (Consejo de Estado Sección Tercera 29 de  
Enero de 2004).

Sentencia 18059, Sentencia 18059 (Consejo de Estado Sección Tercera 2006 de  
Noviembre de 2006).

Sentencia 18059, Sentencia 18059 (Consejo de Estado Sección Tercera 30 de  
Noviembre de 2006).

Sentencia 9807 (Consejo de Estado Sección Tercera 20 de Septiembre de 2001).

SU 713, T-851356 (Corte Constitucional 23 de Agosto de 2006).